

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 – Chambre 16
Chambre commerciale internationale
ARRÊT DU 22 SEPTEMBRE 2020**

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 18/20162 – N° Portalis 35L7-V-B7C-B6KE4

Décision déferée à la Cour : Jugement du 27 Juin 2018 -Tribunal de Commerce de PARIS – RG n° J201800034

APPELANTE

SARL EDITIONS MENGES

Immatriculée sous le numéro [...]

Ayant son siège social: [...]

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par Me Olivier BERNABE, avocat au barreau de PARIS, toque : B0753

Ayant pour avocat plaidant Me Pierre GENON CATALOT, avocat au barreau de PARIS, toque : B0096

INTIMEE

D E CO LTD

Société de droit hongkongais élisant domicile chez Me Z A, cabinet [...]

Ayant son siège social: [...], [...]

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représentée par Me Z A, avocat au barreau de PARIS, toque : C1965

INTERVENANTE

[...]

Ayant son siège social: [...]

Prise en la personne de ses représentants légaux

Représenté par Me Karine PARENT, avocat au barreau de PARIS, toque : C0321

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 29 Juin 2020, en audience publique, devant la Cour composée de :

M. François J, Président

Mme Fabienne SCHALLER, Conseillère

Mme B C, Conseillère

qui en ont délibéré, un rapport a été présenté à l'audience par B C dans les conditions prévues par l'article 804 du code de procédure civile.

Greffière, lors des débats : Mme Clémentine H

ARRET :

— CONTRADICTOIRE

— par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

— signé par François J, Président et par Clémentine H, Greffière à qui la minute a été remise par le magistrat signataire.

I- FAITS ET PROCEDURE

1. La société des Éditions Mengès (ci-après les Éditions Mengès) est une société de droit français qui édite et distribue des livres d'art en France et à l'étranger.
2. La société D E Co Ltd (ci-après D E) constituée selon la législation de Hong Kong est spécialisée dans l'impression d'ouvrages. Elle dispose d'un atelier d'impression situé en Chine.
3. La société Frechmann Kolon Gmbh (ci-après Frechmann Kolon) est une société de droit allemand qui a une activité d'édition, d'agent et de représentant commercial de plusieurs autres éditeurs.
4. A partir de 2008 les Éditions Mengès ont eu recours aux services de la société D E pour l'impression et la fabrication des livres d'art via son agent basé à Hong Kong la société Goodlinkage, par l'intermédiaire de la société Frechmann Kolon soit directement.

5. Une fois imprimés et reliés en Chine, les ouvrages imprimés étaient livrés par un transporteur – la société Publiship Logistics – située à Hong Kong, mandaté par l'imprimeur qui organisait la livraison aux clients des Editions Mengès (librairies, points de vente ou distributeurs) dans différents pays pour être mis en vente au public.

6. En août 2012, la société Frechmann Kolon a souhaité formaliser par écrit les rapports existants entre les différents intervenants par un contrat intitulé « Agreement » désigné par les parties « Five party Agreement » ou « projet FKG » réunissant l'éditeur, l'imprimeur (D), l'agent de l'imprimeur (société GoodLinkage) et le transporteur (Publiship Logistics).

7. Ce projet d'acte comprenait notamment le rappel des deux procédés de facturation que la société Frechmann Kolon avait mis au point (cas n°1 et cas n°2) qui schématiquement se résument comme suit :

8. Dans le cas n°1 l'imprimeur facturait à l'éditeur le montant des coûts d'impression et des frais de transport, à charge pour l'éditeur de recouvrer auprès du client le prix global de l'ouvrage.

9. Dans le cas n°2 l'imprimeur facturait directement au client le prix global de l'ouvrage et une fois la facture réglée par le client, il reversait à l'éditeur le montant des droits d'auteur.

10. Cet accord n'a en définitive pas été signé.

11. Les relations commerciales entre les Éditions Mengès et la société D se sont tendues en 2014, la première reprochant à la seconde des retards répétés dans la livraison des ouvrages et la seconde lui reprochant en retour des impayés.

12. C'est dans ces conditions que par acte du 23 juin 2014, la société D E estimant que les Éditions Mengès restaient lui devoir le paiement de factures au titre de commandes directes non réglées et de commandes passées par l'intermédiaire de la société Freshmann Kolon dans le cadre « du projet FKG » a saisi le tribunal de commerce de Paris aux fins de voir condamner les Éditions Mengès à un peu plus de 1 million de dollars.

13. Au cours de la procédure le tribunal a estimé que la présence de la société Freshmann Kolon était nécessaire à la solution du litige.

14. Par exploit d'huissier en date des 9 et 29 mars 2016, les Éditions Mengès ont assigné dans la cause en intervention forcée la société Freshmann Kolon qui n'a pas comparu.

15. Par jugement du 27 juin 2018, le tribunal de commerce de Paris a:

— joint les causes enregistrées sous les n° 2014040543 et 2016024629 sous le seul RG n° 2018000345,

— condamné les Éditions Mengès à payer à la société D la somme de 353.644,09 \$, ou sa contrevaieur en euros au cours de change au jour du paiement,

— condamné les Éditions Mengès à payer à la société D la contrevaieur en euros au cours du change du jour de la présente décision de la somme de 411.975,59 \$ ousa contrevaieur en euros au cours de change au jour du paiement,

— condamné les Éditions Mengès à payer à la société D la somme de 176.522,97 euros,

— condamné reconventionnellement la société D à payer à la société Editions Mengès la contrevaieur en euros au cours du change du jour de la présente décision de la somme de 318.020,93 \$ ou sa contrevaieur en euros au cours de change au jour du paiement,

— condamné reconventionnellement la société D à payer à la société Editions Mengès la somme de 480.000 euros ;

— ordonné la compensation judiciaire entre ces condamnations et condamné la société EDITIONS Mengès à verser des intérêts légaux à 3 fois le taux d'intérêt légal sur ce solde dû à compter du 23 juin 2014 ;

— débouté les parties de leurs demandes autres, plus amples et contraires ;

— condamné les parties aux dépens de l'instance par moitié.

16. Par deux déclarations les Éditions Mengès ont interjeté appel du jugement limité à la condamnation de la société D E à la somme de 480.000 euros au titre du préjudice subi résultant des retards de livraison et en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes tendant à établir que la société Editions Mengès avait versé 100.000 \$ US en déduction des sommes dues à la société D et d'autre part à obtenir le paiement de la somme de 100.000 euros en réparation de son préjudice moral et de celle 20.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, et l'a condamnée à verser des intérêts égaux à trois fois le taux d'intérêt légal sur le solde dû après compensation entre les condamnations réciproques.

17. L'affaire enrôlée sous les n° RG 18/20162 et 18/20381 a été distribuée à la chambre commerciale internationale.

18 Les parties ont expressément acquiescé à l'application du protocole de procédure applicable devant la chambre commerciale internationale de la cour (CCIP-CA).

19. L'ordonnance de clôture est intervenue le 3 septembre 2019.

20. A l'audience des plaidoiries le 14 janvier 2020 les parties ont donné leur accord pour la mise en place d'une mesure de médiation.

21. Par arrêt en date du 11 février 2020, la cour après avoir ordonné la jonction des affaires sous les numéros RG 18/20162 et 18/20381 a ordonné une médiation et dit que l'affaire sera rappelée à l'audience du 29 juin 2020.

22. A cette date, la mesure n'ayant pas abouti, les parties ont été avisées que l'affaire était mise en délibéré au 22 septembre 2020.

II- PRETENTION DES PARTIES

23. Aux termes de ses dernières conclusions communiquées par voie électronique le 29 août 2019 les Éditions Mengès demandent à la cour de bien vouloir :

— ORDONNER la jonction des instances enregistrées sous les numéros RG : 18/20162 et 18/20381 ;

— INFIRMER le jugement du 27 juin 2018 du Tribunal de Commerce de Paris en ce qu'il a limité la condamnation de la société D à lui payer la somme de 480.000 euros, l'a déboutée de ses demandes tendant d'une part à établir qu'elle avait versé 100.000 \$ US en déduction des sommes dues à la société D et d'autre part à obtenir le paiement de la somme de 100.000 euros en réparation de son préjudice moral et de celle 20.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile, et l'a condamnée à verser des intérêts égaux à trois fois le taux d'intérêt légal sur le solde dû après compensation entre les condamnations réciproques ;

Statuant à nouveau de ces chefs et accueillant la société Editions Mengès en son appel:

— Condamner la société D à lui verser à titre des dommages-intérêts en réparation du préjudice que ses retards de livraison des ouvrages commandés lui ont causés, la somme de 1.400.363,03 euros ou à défaut celles de 501.210.11 US \$, 584.046,83 euros, 1.969,33 \$ A et 1.920 pounds, avec intérêts légaux à compter du 27 juin 2018, date du prononcé du jugement dont appel ;

— Dire et juger que le paiement de 100.000 \$ US qu'elle a opérée doit venir en déduction des condamnations prononcées au profit de la société D

- Condamner la société D à lui verser la somme de 100.000 euros en réparation du préjudice moral ;

— Confirmer pour le surplus le jugement du 27 juin 2018

— Débouter la société D de ses demandes en paiement des sommes de:

* 35 053.03 dollars américains au titre des factures n°136001 et 136002 (salles de bain et palladio) ;

* 73 720.48 dollars américains au titre de la facture n°146015 correspondant à la « bad debt » FKG ;

* 119 111.32 dollars américains au titre des factures de sur-stock n°122187 et n°124541 ;

— Dire et juger qu'elle est créancière de la société D de la somme de 318.020,93 \$ US, et non pas 243.116,92 \$ US, au titre de ses droits d'auteur et frais fixes de production ;

— Débouter la société D de ses demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

— La condamner à lui verser une indemnité de 30.000 € sur le fondement du texte susvisé du chef des frais irrépétibles et en tous les dépens de l'instance d'appel.

24. Aux termes de ses dernières conclusions d'intimée communiquées par voie électronique le 29 août 2019, la société D E demande à la cour de bien vouloir au visa des articles 1134, 1341 et 1689 et suivants (anciens) du code civil en vigueur au moment de l'introduction de l'instance de :

A titre liminaire

— Dire inopérantes car non invoquées dans les conclusions des Éditions Mengès les pièces adverses 1, 5, 23, 24, 31, 36, 62 à 67 et 69 ainsi que les pièces I à V ;

— Déclarer irrecevable l'intervention volontaire de la société Frechmann Kolon GMBH ;

— En conséquence, débouter la société Frechmann Kolon GMBH de l'ensemble de ses demandes, fins et prétentions,

— Condamner la société Frechmann Kolon GMBH à payer à la société D E la somme de 3.000 euros au titre de l'article 700 du Code de Procédure Civile ;

En premier lieu

— Constater que les Éditions Mengès ne font pas appel de la condamnation au paiement des sommes de 353 644.09 dollars américains et de 411 975,50 dollars américains et 176 522.97 euros au titre des commandes directes et des commandes passées dans le cadre du cas n°1 du projet FKG ;

En conséquence :

— Constater que le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 27 juin 2018 à ce titre est définitif ;

- Confirmer que la société des Éditions Mengès est donc redevable à l'égard de D E du paiement des sommes de 353 644.09 dollars américains et des 411 975,50 dollars américains et 176 522.97 euros au titre des commandes directes et des commandes passées dans le cadre du cas n°1 du projet FKG.

En second lieu

- A titre principal, infirmer le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 27 juin 2018 en qu'il a reconnu comme opposable à D E les termes du « five party agreement » ;

— A titre subsidiaire, si par extraordinaire, la Cour devait considérer que les termes du « five party agreement » étaient opposables à D E alors, appliquer également au litige les clauses 2 paragraphes 8 et 10 et les clauses 3 paragraphes 7 et 8 mettant à la charge de la société des Editions Mengès les sur-stocks et la « bad debt » ;

En tout état de cause,

— Infirmer le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 27 juin 2018 en ce qu'il a condamné D E au paiement de la somme de 480.000 euros au titre des retards allégués et ;

— Débouter la société des Editions Mengès de ses demandes en paiement des sommes de:

* 1 400 363,03 euros ou « à défaut » une demande à hauteur 501 210,11 dollars américains, 584 046,83 euros, 1 969,33 dollars australiens et 1 920 livres sterling au titre du préjudice économique ;

* 100.000 Euros au titre du préjudice moral qu'elles auraient subi du fait de retards et malfaçons ;

* en déduction de la somme de 100.000 dollars américains qu'aurait versé la société des Editions Mengès à FRECHMANN.

* la somme de 30.000 Euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile.

En troisième lieu

— Constater que D E forme appel incident du jugement du Tribunal de commerce de Paris du 27 juin 2018 en ce qu'il a débouté de ses demandes portant sur :

* le paiement de la somme de 35 053.03 dollars américains au titre des factures n°136001 et 136002 (salles de bain et palladio);

* le paiement de la somme de 73 720.48 dollars américains au titre de la facture n°146015 correspondant à la « bad debt » FKG ;

* le paiement de la somme de 119 111.32 dollars américains au titre des factures de sur-stock n°122187 et n°124541 ;

* la reconnaissance du fait que la somme due par D E à la société des Editions Mengès au titre des droits d'auteur s'élève en fait à 243.116,92 dollars américains au lieu de 318 020,93 dollars américains ;

* les frais réclamés au titre de l'article 700 ainsi qu'aux entiers dépens de première instance.

Partant

— Condamner la société des Editions Mengès au paiement de la somme de :

* 35 053.03 dollars américains au titre des factures n°136001 et 136002 (salles de bains et palladio) ;

* 73 720.48 dollars américains au titre de la facture n°146015 correspondant à la « bad debt » FKG ;

*119 111.32 dollars américains au titre des factures de sur-stock n°122187 et n°124541 ;

— Constaté que le montant dû par D E à la société des Éditions Mengès au titre des droits d'auteur s'élève en fait à 243.116,92 dollars américains,

— Procéder à la compensation du montant total de la créance que D E détient sur la société des Éditions Mengès avec le montant réel de la créance redevances de droit d'auteur que la société des Éditions Mengès détiennent sur D E soit 243.116,92 dollars américains ;

— Dire que les condamnations porteront intérêt à trois fois le taux d'intérêt légal à compter de la date d'échéance de chaque facture telle qu'indiquée aux termes du tableau en pièce n°10 ;

— Condamner la société des Éditions Mengès à verser à la société D E la somme de 75 000 euros au titre des frais engagés au titre de l'article 700 du Code procédure civile en première instance ;

— Condamner la société des Éditions Mengès à verser à la société D E la somme de 25 000 euros, montant à parfaire, au titre de l'article 700 du Code de procédure civile en appel; Condamner la société des Éditions Mengès aux entiers dépens de première instance et d'appel.

25. Selon ses dernières conclusions signifiées par voie électronique le 26 août 2019, la société Freshmann Kolon demande à la cour de bien vouloir au vu des articles 554 et 555 du code de procédure civile :

— Accueillir son intervention volontaire et la déclarer recevable et bien fondée ;

— Infirmer le jugement du Tribunal de Commerce de Paris du 27 juin 2018, en ce qu'il n'a pas déduit la somme de 100.000 USD des créances de la société D à l'encontre des Editions Mengès ;

— Condamner la société D à lui payer une indemnité de 3 000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

— La condamner aux entiers dépens de l'instance.

III- MOYENS DES PARTIES

26. Les Éditions Mengès soutiennent en substance avoir subi entre 2010 et 2014 un nombre considérable de retards d'impression et de malfaçons affectant les ouvrages qui l'ont contrainte à baisser les prix en librairie ou à les commercialiser l'année suivante avec le handicap du copyright qui était de l'année précédente.

27. Elles estiment avoir fait la preuve des retards accumulés par la production des pièces établissant toutes les étapes de l'achat à la livraison des ouvrages commandés à l'imprimeur sur la période considérée et soulignent que pour s'y opposer c'est à la société D E de rapporter la preuve qu'elle a livré les ouvrages aux dates convenues.

28. Elles soutiennent qu'il convient comme le tribunal l'a jugé, d'appliquer la clause pénale prévue par « le Five Party Agreement » en cas de retard de livraison des ouvrages commandés qui est égale à 40% du chiffre d'affaires hors taxes des ouvrages mais contestent sa réduction qui a été opérée selon elle à tort par le tribunal à la somme de 480 000 euros alors qu'au regard des factures émises sur la période des 4 années (de 2010 à 2013) les pénalités générées s'élèvent au total à 501.210.11 US \$, 584.046,83 euros, 1.969,33 \$ A et 1.920 £.

29. A défaut elles demandent en application du droit commun de la responsabilité civile contractuelle la réparation du préjudice réellement éprouvé qui correspond selon elle à l'écart entre les ventes prévisionnelles et les ventes réelles qui s'élève à la somme de 1.400. 363,03 euros et en tout état de cause la somme de 100 000 euros en réparation de son préjudice moral causé par l'atteinte à son image de marque et sa réputation.

30. Sur les autres chefs de la décision contestés, elles demandent de déduire la somme de 100 000 dollars versée à la société Frechmann Kolon pour le compte de la société D en 2013.

31. Sur l'appel incident de la société D E elles demandent de confirmer le montant de leur créance de droits d'auteur et contestent devoir les sommes au titre des factures réclamées par la société D E.

32. En réponse, la société D E demande d'infirmer la décision qui a retenu l'application de la clause pénale du projet FKG et fait droit aux indemnités de retard qui selon elle ne sont pas dues.

33. Au soutien de ses prétentions elle conteste en substance le caractère probant des pièces produites et soutient que les Éditions Mengès ne rapportent pas la preuve qui lui incombe de l'existence de dates impératives de livraisons faisant partie du contrat ni des retards allégués.

34. Sur le montant du préjudice, la société D E conteste l'application de la clause pénale du projet FKG qui n'a pas été signé en faisant observer qu'il est resté à l'état de projet et que la clause n'a pas acquis de force obligatoire.

35. Elle fait valoir que les conditions de l'action en responsabilité contractuelle ne sont pas davantage réunies et que le préjudice allégué n'est pas établi.

36. Elle s'oppose à la compensation avec la somme de 100.000 dollars que les appelantes prétendent avoir versée pour son compte à la société Freshmann Kolon.

37. Sur appel incident, elle conteste le montant des droits d'auteur mis à sa charge par le tribunal et reconnaît à ce titre devoir seulement la somme de 243.116,92 dollars.

38. Elle demande de faire droit à ses demandes reconventionnelles en paiement des factures n°136001 et 136002 n°146015 n°122187 et n°124541 impayées.

39. La société Frechmann Kolon soutient en résumé que son intervention volontaire est recevable et que la société Editions Mengès lui a bien réglé la somme de 100 000 dollars pour le compte de la société D et que cette somme doit venir en déduction des sommes dues par les Éditions Mengès.

IV- MOTIFS DE LA DECISION

40. Les Éditions Mengès n'ont pas fait appel des chefs de la décision les condamnant à payer à la société D E les sommes de 353 644,09 dollars américains, 411 975,50 dollars américains et 176 522,97 euros au titre de factures impayées.

41. La cour n'étant saisie d'aucune demande à ce titre, il n'y a pas lieu de confirmer ces dispositions non contestées qui sont désormais définitives.

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Freshmann Kolon :

42. La société D E conteste la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Frechmann Kolon.

43. Selon l'article 554 du code de procédure civile peuvent intervenir en cause d'appel dès lors qu'elles y ont intérêt les personnes qui n'ont été ni parties, ni représentées en première instance ou qui y ont figuré en une autre qualité.

44. Il résulte du jugement frappé d'appel que la société Frechmann Kolon a été régulièrement mise en cause par les Editions Mengès qui l'ont assignée à comparaître par exploit des 9 et 29 mars 2016 dans la procédure en première instance.

45. Bien qu'elle n'ait pas comparu, la société Frechmann Kolon est devenue partie à la première instance.

46. Dès lors son intervention volontaire signifiée par voie de conclusions en cause d'appel se heurte à la fin de non recevoir opposée et sera déclarée irrecevable.

Sur la demande de la société D de dire inopérantes les pièces 1, 5, 23, 24, 31, 36, 62 à 67 et 69 ainsi que les pièces I à V-3 des Editions Mengès :

47. Cette demande qui concerne le pouvoir d'appréciation souverain de la cour des pièces produites ne constitue pas une prétention au sens de l'article 4 du code de procédure civile de

sorte qu'il n'y a pas lieu d'y répondre indépendamment de l'appréciation du bien fondé des demandes formées au fond par les Editions Mengès.

Sur les demandes des Éditions Mengès :

1) Sur les indemnités de retard

48. La demande concerne des retards qui auraient affecté la fabrication d'ouvrages commandés par les Éditions Mengès par l'intermédiaire de la société Frechmann Kolon à l'imprimeur D E entre 2010 et 2014 dans le cadre du projet FKG ou Five Party Agreement.

49. Il convient avant tout débat d'examiner la portée du projet FKG ou 'Five Party Agreement' qui sert de base aux demandes.

Sur la portée du projet FKG ou Five Party Agreement

50. En première instance le tribunal a retenu que ce projet d'accord reflétait la volonté des parties et représentait un tout dont aucune disposition ne devait être écartée. Il a jugé que « l'appréciation du bien fondé de la demande en paiement d'indemnités de retard devait se faire à la lumière des stipulations de l'accord FKG » et a appliqué en conséquence les dispositions de l'accord relatives à la clause pénale figurant dans son paragraphe 3 qui prévoit en cas de retard à la livraison une pénalité de retard égale à 40% du chiffre d'affaires hors taxes des ouvrages.

51. Si les parties ne contestent pas que le projet FKG ou Five Party Agreement définit le cadre qui a présidé à l'organisation des relations contractuelles entre elles dans le système de centralisation des commandes organisé par la société Frechmann Kolon dont les modalités pratiques étaient acceptées, elles sont en désaccord sur l'application de la clause pénale insérée dans l'acte.

52. Selon l'article 1226 ancien du code civil dans sa rédaction applicable au litige « La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

53. Une clause pénale s'analyse en une convention par laquelle les contractants déterminent eux-mêmes forfaitairement les dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution d'une obligation, de retard dans l'exécution de celle-ci.

54. Elle déroge, par définition, à l'application des règles régissant le droit commun de la responsabilité contractuelle, puisqu'elle peut permettre à une partie d'obtenir l'indemnisation forfaitaire prévue, même si le préjudice réel est sans commune mesure avec les pénalités convenues, et même en l'absence de toute justification d'un préjudice.

55. Une telle clause, bien qu'insérée généralement dans le texte même de l'acte qui constate la convention à laquelle elle s'applique, a un objet différent de celle-ci et doit s'analyser non en une modalité nécessaire de l'exécution de cette convention, mais en un contrat distinct soumis dès lors à la preuve de son existence par son acceptation qui est libre entre commerçants.

56. Or en l'espèce la seule production du projet de contrat FKG ou Five Party Agreement au pied duquel aucune signature n'est apposée ne peut suffire en soi à convaincre la cour que la société D E a accepté cette clause étant observé que les appelantes ne justifient d'aucune application effective de cette pénalité dans leurs rapports antérieurs.

57. Il s'ensuit que la demande en réparation des Editions Mengès sera examinée au regard du droit commun de la responsabilité contractuelle et que la décision du tribunal sera infirmée sur ce chef.

58. Selon l'article 1147 du code civil dans sa rédaction applicable au litige « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part. ».

59. La société D E estime que les Éditions Mengès ne démontrent pas l'existence d'un délai de livraison faisant partie du contrat ni d'un retard qui lui soit imputable.

60. Toutefois elle ne peut sérieusement prétendre qu'elle n'était soumise à aucun délai de livraison en faisant valoir que les bons de commande des Éditions Mengès étaient regroupés par la société Freshmann Kolon sous forme de commande globale (« Armed Ordres » ou « AO ») sans faire mention d'une date de livraison qui lui serait inopposable faute d'avoir eu des bons de commande individualisés.

61. Il ressort en effet du mode de fonctionnement des commandes passées par l'intermédiaire de la société Frechmann Kolon via le site internet Globiotech que les bons de commandes (« Purchase Order ») incluant les dates de livraison aux Éditions Mengès étaient transmis à la société D E par l'intermédiaire de la société Freshmann Kolon de sorte qu'elle ne pouvait ignorer la date de livraison attendue qui faisait partie de ses obligations.

62. Il est à cet égard indiqué au paragraphe 2 du projet d'accord FKG entre les parties, dont la société D E ne conteste pas qu'il formalisait par écrit leurs relations commerciales antérieures et reconnaît que le mode opératoire décrit était bien celui pratiqué, que les documents étaient transmis à l'Imprimeur : « the Printer and Agent will always get copies of the customers' POs along with the AOs for their other processing » et au paragraphe 3 « for all books printed or other products manufactured by the Printer, the Printer receives an AO (the PO signed by the Publisher and the Consultant) together with respective POs from the customers.» qui peuvent être traduits par : « L'imprimeur et l'Agent recevront toujours des copies des bons de commandes des clients avec les commandes globales pour leurs autres traitements »; « pour tous les livres imprimés ou autres produits fabriqués par l' Imprimeur, l' Imprimeur reçoit une commande globale (le bon de commande signé par l'Editeur et le Consultant) avec les bons de commande respectifs des clients ».

63. Au demeurant la société D E qui est un professionnel dans le secteur d'activité de l'édition n'ignore pas que la date de livraison effective des ouvrages commandés constitue une

exigence constante des éditeurs et un facteur déterminant de vente des livres par les libraires et les

distributeurs, notamment pour la période ciblée de la fin d'année.

64. Si les ouvrages n'arrivent pas à temps pour les fêtes de fin d'année, leur promotion est annulée au profit d'autres ouvrages concurrents mettant en péril l'essentiel des ventes, étant reconnu que si l'éditeur remet les ouvrages en vente l'année suivante, les libraires ne les commandent pas parce que notamment leur prix doit être baissé.

65. C'est ce qu'indique M. X, ancien directeur général de la société Interforum Diffusion distributeur des Éditions Mengès pendant 18 ans, qui atteste que « la majeure partie (75%) du chiffre d'affaires des Éditions Mengès se joue lors des fêtes de fin d'année. Nous travaillons cette période dès le mois de mai (') ils doivent être livrés avant le 25 octobre car après cette date les places sont prises et les vitrines faites et les libraires ayant sélectionné les titres disponibles pour les mises en avant. ».

66. Il ressort de ces éléments que la société D E était bien tenue par des délais de livraisons pour les ouvrages dont l'impression lui avait été confiée.

67. Pour établir l'existence des retards de livraison, les Editions Mengès produisent aux débats:

— de nombreuses pièces ayant pour objet des plaintes ou demandes attestant de retards ou de malfaçons (pièces 7,11,12,13,14,16) en 2011 et 2012 ;

— la liste établie par la société Freshmann Kolon issue de son site internet Globiotech détaillant les retards des livraisons des ouvrages arrivés de 2010 à 2012 (pièce 32) ;

— une liste de ventes d'ouvrages imprimés et livrés avec retard par la société D E vendus par les Editions Mengès à leur distributeur la société Interforum Diffusion au cours de l'année 2012 ;

— une attestation de M. Y directeur de la société Frechmann Kolon sur les retards de livraison de la société D E et les difficultés rencontrées ;

— une attestation de M. X, ancien directeur général de la société Interforum Diffusion qui atteste qu'entre 2010 et 2013 de nombreux ouvrages ont été livrés après le 25 octobre;

— de volumineuses pièces classées sous plusieurs dossiers contenant les factures de la société D E auxquelles sont jointes pour chacune le Purchase Order (P.O) correspondant au bon de commande transmis à la société Frechmann Kolon sur laquelle figure une date de livraison et le Bill of Lading (BL- bon de chargement) nécessaire à leur expédition contenant la date de prise en charge des livres au départ du port en Chine.

68. La cour relève de l'analyse détaillée de ces pièces que contrairement à ce que prétend la société D E, le lien est établi entre la facture, le bon de commande (PO) et le bon de

chargement (BL) et que les ouvrages qui sont mentionnés ont bien été commandés et imprimés par la société D E.

69. Il ressort de l'ensemble de ces pièces qui se corroborent entre elles, à l'exception d'un nombre très restreint d'incertitudes sur des dates pointées par la société D E qui sont mineures par rapport aux abondantes pièces versées, qu'elles établissent suffisamment par comparaison des dates de la commande, de livraison attendue et du chargement des livres au départ de Chine, l'existence d'importants retards subis par les Éditions Mengès qui ont affecté les ouvrages commandés dont la société D E doit réparation du préjudice réellement subi.

Sur l'évaluation du préjudice

70. Selon l'article 1151 du code civil dans sa rédaction applicable au litige « dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

71. Il est établi par les pièces produites et notamment le classeur n°6 contenant le tableau récapitulatif des ouvrages commandés de 2010 à 2014 livrés avec retard qu'aucune pièce ne contredit, que les Éditions Mengès ont dû baisser le prix public ou solder des ouvrages commandés de sorte que les retards ont pu affecter ses ventes prévisionnelles et occasionner une perte de chiffre d'affaires (Classeur 6 XVII pièces XVII 1 à 5).

72. Pour justifier de leur préjudice économique, les Éditions Mengès font ressortir sur ce tableau un écart entre les ventes prévisionnelles et les ventes réelles d'un montant de 1 400 363,03 euros qui selon elle correspond à peu de choses près aux pénalités de 40% convenues dans le Five Party Agreement et à la réalité économique dans le secteur de l'édition.

73. Toutefois, d'une part, il n'est pas établi que le retard des livraisons soit la cause exclusive de la baisse des ventes de ces ouvrages et d'autre part, la perte de chiffre d'affaires alléguée figurant dans la colonne « CA net perte à parution » du tableau précité n'est fondée sur aucune certification comptable, de sorte que ces éléments ne permettent pas d'évaluer à sa juste mesure le montant du préjudice subi

74. Dans ces conditions, faute de disposer d'éléments complémentaires sur la perte du chiffre d'affaires, la cour tiendra compte de l'usage dans la profession dont les Éditions Mengès justifient avoir déjà bénéficié de la part d'un autre imprimeur, consistant à accorder une remise à la victime des retards sur le prix facturé.

75. Ainsi le préjudice sera apprécié à partir d'une remise de 15% sur le montant des ouvrages facturés ayant donné lieu à du retard que la cour évalue à la somme de 270 000 euros pour la période considérée à partir des éléments produits et notamment des factures et des relevés des retards des ouvrages facturés.

76. La décision sera en conséquence infirmée sur le montant alloué par le tribunal et la société D E sera condamnée à payer aux Éditions Mengès la somme de 270 000 euros au titre de son préjudice, avec intérêts au taux légal à compter, conformément à la demande, du 27 juin 2018.

77. En revanche les Éditions Mengès qui ne produisent aucune pièce établissant l'atteinte à leur image de marque et leur réputation vis à vis de leurs clients, seront déboutées de leur demande au titre du préjudice moral.

78. En conséquence la décision qui a rejeté cette demande sera confirmée sur ce chef.

2) Sur la déduction de la somme de 100.000 \$ US de la créance de la société D E ;

79. Les Éditions Mengès soutiennent que le 3 juillet 2013 elle a réglé la somme de 100 000 USD à la société Frechmann Kolon dans le cadre d'un accord convenu avec la société D E par l'intermédiaire de la société Goodlinkage son mandataire, pour aider la société Frechmann Kolon qui était en difficultés de trésorerie à cause des retards qu'elle subissait de la société D E pour livrer les ouvrages commandés.

80. Elles exposent que la société D E n'étant pas en mesure de faire un prêt à la société Frechmann Kolon, elles ont avancé cette somme pour son compte étant convenu que par la suite la somme de 100 000 USD s'imputerait sur la dette des Éditions Mengès à l'égard de la société D E.

81. Toutefois les Éditions Mengès si elles démontrent l'existence d'une discussion en juillet 2013 avec la société Goodlinkage et la société Frechmann Kolon dans laquelle il était prévu que les Éditions Mengès verseraient à la société Frechmann Kolon la somme de 100 000 USD en lieu et place de la société D E, elles n'établissent pas la preuve d'un accord de la société D E pour cet arrangement.

82. Il ressort au contraire clairement des emails produits dans l'attestation de M. Köneman, dirigeant de la société Frechmann Kolon, qu'à cette date la société D s'est opposée à un tel procédé dans des termes très clairs : "D n'a pas et ne donnera jamais son accord pour un quelconque transfert de fond de Mengès à Frechmann pour un montant de 100.000 USD, montant devant venir en compensation de la créance de D. Il s'agit en outre d'une garantie personnelle de M. F G ['] Nous réaffirmons la nécessité pour nous de protéger nos actifs et nous n'accepterons jamais de quelqu'un qu'il accepte de transférer notre créance, tout paiement devant être effectué à D E directement" (traduction libre de l'anglais) et que F G, dirigeant de la société Goodlinkage a rappelé « Oui je tiens parole et me tiens garant de cette transaction qui a été réalisée sans l'accord préalable de D » (traduction libre de l'anglais).

83. Il n'est pas non plus établi que cette somme ait été reconnue et intégrée dans le cadre d'un accord transactionnel entre la société D E et la société Frechmann Kolon homologué par le tribunal de Cologne en 2017 auquel les Éditions Mengès ne sont pas partie et dont les extraits produits ne renseignent pas suffisamment la cour sur son contenu.

84. Il convient en conséquence de confirmer la décision qui a rejeté cette demande.

Sur l'appel concernant le taux d'intérêt légal :

85. Le tribunal a ordonné la compensation judiciaire entre les condamnations et a condamné les Editions Mengès verser des intérêts égaux à 3 fois le taux d'intérêt légal sur le solde au 23 juin 2014.

86. Le montant des intérêts égaux à 3 fois le taux d'intérêt légal n'est pas justifié et sera en conséquence infirmé.

Sur les demandes de la société D E dans le cadre de son appel incident :

1) Sur la somme due par D E à la société des Éditions Mengès au titre des droits d'auteur

87. Cette demande est fondée sur les relations des parties telles qu'elles ressortent du projet FKG. Elle se situe dans le circuit de paiement n°2 dans le cas où l'imprimeur va facturer au client le prix global de l'ouvrage et une fois la facture réglée par le client, reverse à l'éditeur le montant des droits d'auteur.

88. Dans ce schéma, soit le client règle dans les trois mois et D E doit alors reverser à l'éditeur la part correspondant à ses droits d'auteur, soit le client ne la règle pas dans les trois mois (« bad debt ») et c'est alors à l'éditeur de recouvrer l'intégralité de la somme auprès des clients finaux et de reverser à l'Imprimeur sa part correspondant aux frais d'impression.

89..La société D E soutient que sa dette au titre du reversement des droits d'auteur s'élève à 243.116,92 dollars américains au lieu de 318 020,93 dollars américains.

90. La société D E explique que la différence entre les montants provient de l'application d'un taux de change différent et de la prise en compte de livraisons non payées ou partiellement payées, ces factures constituant des « bad debts » qui devaient rester à la charge de l'imprimeur.

91. Toutefois les Editions Mengès ont retenu successivement les taux de change mentionnés sur le site Globiotech de la société Frechmann Kolon conformément au projet FKG qui a gouverné leur mode opératoire, à savoir 1,4 en 2010 et 1,3 en 2011, 2012 et 2013.

92. Par ailleurs la société D E qui ne conteste pas l'équivalence entre les factures dont se prévalent les Éditions Mengès et celles dont elle reconnaît devoir le paiement ne peut remettre en cause la somme due en objectant une mise à jour à partir d'impayés qu'elle a reconstitués elle-même dans un tableau assorti d'aucune autre justification ni pièce comptable.

93. Dans ces conditions il ne sera pas fait droit à l'appel incident formé par la société D E à ce titre et la décision sur ce chef de demande sera confirmée.

2) Sur les autres demandes en paiement de la somme de 35 053.03 dollars américains au titre des factures n°136001 et 136002:

94. Concernant la facture n°136002 en date du 28 février 2014 d'un montant de 27.508 dollars américains, celle-ci correspond aux frais d'impression de 2990 livres intitulés « Andrea Palladio » commandés par les Editions Mengès le 31 août 2011.

95. La cour relève que la preuve du bien fondé de cette action en paiement n'est pas suffisamment établie par un bon de commande qui fait état de nombreux retards et une facture établie plus de deux ans et demi après la commande que la société D E a reconnu en première instance s'être abstenue de demander le paiement pour des raisons commerciales mais que telle n'était plus la situation.

96. Dans ces conditions la demande en paiement sera rejetée et le jugement confirmé sur ce chef.

97. Concernant la facture n° 136001 en date du 28 février 2014, d'un montant de 7 545.03 dollars américains, elle correspond aux frais de stockage réclamés par la société D E pour la conservation de 3020 exemplaires de l'édition italienne du livre intitulé « Salle de Bains » commandé le 30 juin 2009 qui n'ont pas été livrés au destinataire dans la mesure où la société « Fiore Edition » destinataire de la commande a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire et n'était pas en mesure de payer.

98. Cependant la société D E n'établit pas la preuve d'un accord sur des prétendus frais de stockage réclamés plus de 3 ans après la fabrication des ouvrages restés à quai étant observé que les Editions Mengès ont néanmoins réglé les coûts d'impression.

99. Pour ces motifs il ne sera pas fait droit à la demande et le jugement sera confirmé sur ce chef.

3) Sur la demande en paiement de la somme de 73 720.48 dollars américains au titre de la facture n°146015 correspondant à la « bad debt »

100. La société D E réclame en application de l'accord sur le « bad debt » plus d'une vingtaine de factures directes de D E aux clients finaux en date de 2010 à 2013 qui n'ont pas fait l'objet de règlements et verse au débat les factures et un tableau récapitulatif des impayés que l'expert-comptable a certifié le 10 février 2015.

101. Toutefois comme l'a relevé le tribunal, la société D E ne démontre pas que ses créances sont certaines liquides et exigibles dès lors qu'elle ne conteste pas avoir lancé des actions en recouvrement contre les clients finaux dont le résultat n'est pas connu de sorte que les factures sont susceptibles d'être réclamées deux fois.

102. Dans ces conditions la demande en paiement sera rejetée et la décision confirmée sur ce chef.

4) Sur la demande en paiement de la somme de 119 111.32 dollars américains au titre des factures de sur-stock n°122187 et n°124541 ;

103. La cour relève que cette demande en paiement dont le montant varie au cours de la procédure est insuffisamment justifiée par les pièces produites qui n'établissent avec la certitude requise en la matière cette créance.

104. Il y a lieu dès lors de confirmer le jugement du tribunal de commerce sur ce point qui par une appréciation exacte des pièces et pour des justes motifs que la cour adopte, a considéré que cette créance n'était pas démontrée.

Sur les autres demandes :

105. Les parties qui succombent chacune partiellement, seront déboutées de leurs demandes formées au titre de l'article 700 du code procédure civile et supporteront les dépens chacune pour moitié.

V- PAR CES MOTIFS

- 1) Déclare irrecevable l'intervention volontaire de la société Frechmann Kolon GMBH;
- 2) Infirme le jugement du 27 juin 2018 en ce qu'il a condamné reconventionnellement la société D E à payer à la société Éditions Mengès la somme de 480.000 euros au titre des indemnités de retard en application de la clause pénale du projet FKG ou Five Party Agreement et en ce qu'il a condamné la société Éditions Mengès à verser des intérêts égaux à 3 fois le taux d'intérêt légal sur ce solde dû à compter du 23 juin 2014 ;
- 3) Confirme la décision dans toutes ses autres dispositions ;

Statuant à nouveau et y ajoutant :

- 4) Dit n'y avoir lieu à application de la clause pénale du projet FKG ou Five Party Agreement ;
- 5) Condamne la société D E à payer à la société Les Editions Mengès la somme de 270 000 euros avec intérêts au taux légal à compter du 27 juin 2018.
- 6) Dit que dans le cadre de la compensation judiciaire ordonnée par le tribunal et confirmée en appel entre les sommes dues, la société Éditions Mengès est condamnée à verser des intérêts au taux d'intérêt légal sur le solde dû, et ce à compter du 23 juin 2014,
- 7) Déboute la société D E et la société Éditions Mengès de leurs demandes formées au titre de l'article 700 du code procédure civile,
- 8) Les condamne par moitié à supporter les dépens d'appel.

La greffière Le président